

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 27-7-2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, σε αναπλήρωση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 27-6-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1303/28-6-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ... «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της διακήρυξης 2/2021 περί διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης ειδικώς όσον αφορά το είδος 3 ΦΟΡΗΤΟ ΗΛΕΚΤΡΟΚΙΝΗΤΟ ΨΗΦΙΑΚΟ ΑΚΤΙΝΟΛΟΓΙΚΟ, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 177.419,35 ευρώ στο πλαίσιο της διαδικασίας για «Δράσεις ενίσχυσης των υπηρεσιών υγείας για την αντιμετώπιση της επιδημίας λόγω COVID 19 μέσω του Ε.Π.«Δυτική Μακεδονία», του ΕΣΠΑ 2014- 2020, με κωδικό MIS ...», αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 2.463.378,39 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 28-5-2021 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 3-6-2021 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 15-7-2021 Απόψεις της.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ...και ποσού 887,10 ευρώ.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 27-6-2021 προσφυγή κατά της από 3-6-2021 δημοσιευθείσας διακήρυξης, της οποίας ο προσφεύγων δηλώνει γνώση εντός του χρόνου παραγωγής του κατ' άρ. 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016 τεκμηρίου, ήτοι την 18-6-2021, δια της οποίας προσφυγής ο προσφεύγων επικαλείται αποκλεισμό και αδυναμία ή ιδιαίτερη δυσχέρεια συμμετοχής του, λόγω των προσβαλλόμενων όρων. Εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 9-7-2021 παρέμβαση εκ του ενδιαφερομένου προς συμμετοχή παρεμβαίνοντος, κατόπιν της από 29-6-2021 κοινοποίησης της προσφυγής. Επομένως, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής, η κατά τη διακήρυξη προδιαγραφή 4.6 του είδους 3 ορίζει ότι «4.6 Βάρος ανιχνευτή $\leq 2,6$ kg», δηλαδή τίθεται ανώτατο αποδεκτό βάρος του ανιχνευτή τα 2,6 κιλά. Καταρχήν εύλογη προκύπτει η ύπαρξη ενός περιορισμού ανώτατου βάρους προς ευχέρεια χρήσης της συσκευής, πλην όμως, όπως βάσιμα ο προσφεύγων επικαλείται και ασχέτως ισχυρισμών του περί φωτογραφικού χαρακτήρα του όρου, ουδόλως προκύπτει για ποιο λόγο το όριο αυτό προσδιορίστηκε στη συγκεκριμένη τιμή και τι προσφέρει ακριβώς το συγκεκριμένο βάρος σε επίπεδο ευχέρειας χρήσης σε σχέση με ένα βάρος ελαχίστως μικρότερο και μη επιφέρον οιαδήποτε μεταβολή στην ανθρώπινη χρήση της συσκευής, όπως τα εκ του προσφεύγοντος επιτυγχανόμενα 3 κιλά. Περαιτέρω, δεν προκύπτει γιατί η προδιαγραφή ορίστηκε στη σε κάθε περίπτωση μη ενέχουσα κάποιο στοιχείο

στρογγυλοποίησης, τιμή των 2,6 κιλών, η οποία συμπίπτει να είναι η τιμή της εκ του παρεμβαίνοντος διακινούμενης συσκευής. Η δε διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας να ορίσει καταρχήν το ελάχιστο επιδιωκόμενο βάρος δεν συνιστά δυνατότητα αυθαιρεσίας αυτής, όπως επιλέγει κατά το δοκούν τιμές, επηρεάζοντας κατά συγκεκριμένη κατεύθυνση, μη δικαιολογούμενη από αντικειμενικούς λόγους περί της ακριβούς επιλογής της, τον ανταγωνισμό. Άλλωστε, όπως στοιχειοθετεί ο προσφεύγων, εν προκειμένω δια της ως άνω προδιαγραφής δεν αποκλείεται μόνο ο ίδιος, αλλά επέρχεται σφοδρός περιορισμός του ανταγωνισμού δια του αποκλεισμού και άλλων κατά τα λοιπά κατάλληλων συσκευών και δυνητικών ανταγωνιστών, ακριβώς δια της προκείμενης συγκεκριμένης ελάχιστης τιμής, περιορισμός η ένταση του οποίου δεν δικαιολογείται εν προκειμένω και υπό περιπτωσιολογική στάθμιση, από οιοδήποτε όφελος στην ευχέρεια χρήσης που δύναται συγκριτικά να προκύψει εκ μερικών εκατοντάδων γραμμαρίων. Εξάλλου, αν η τιμή του ακριβούς βάρους ήταν τόσο μείζονος σημασίας, δεδομένου ότι ουδόλως στοιχειοθετείται εξ αντικειμενικών λόγων κάποια συγκριτική υπέρτερη ή βέλτιστη καταλληλότητα συγκεκριμένης μέγιστης τιμής, έναντι άλλης πλησίον αυτής, η αναθέτουσα δύνατο να ορίσει το βάρος αυτό ως βαθμολογούμενο κριτήριο, ευνοώντας συγκριτικά τις προς το έλασσον διαφορές των ανταγωνιστικών συσκευών, αντί να θέσει ένα συγκεκριμένο, πλην αδικαιολόγητο ως προς την επιμέρους επιλογή του, όριο άνω του οποίου επέρχεται, άνευ ετέρου απόρριψη. Συνεπώς, κατ' αποδοχή του πρώτου λόγου της προσφυγής, η προδιαγραφή 4.6 είναι ακυρωτέα, ως υπέρμετρος και μη δικαιολογημένος, και άρα, μη νόμιμος περιορισμός του ανταγωνισμού, σε σχέση με κάθε ευλόγως επιδιωκόμενο εκ του περιεχομένου της και συναφή με τη χρήση της υπό προμήθειας συσκευής, σκοπό. Όσον αφορά την προδιαγραφή 4.8 που ορίζει ότι «Το συνολικό βάρος αντοχής στην επιφάνεια του ανιχνευτή να είναι ≥ 400 kg. Το σημειακό βάρος αντοχής (point lead) να είναι $180 \geq$ kg.», προκύπτει ότι κατά την κοινή πείρα και τα κοινώς ισχύοντα, που άλλωστε δεν αφορούν κάποιο ζήτημα τεχνικής κρίσης, η συχνότητα χρήσης του μηχανήματος από ανθρώπους με βάρος άνω των 300 κιλών, που αντιστοιχούν σε άνδρα ύψους 2 μέτρων, ήτοι εξαιρετικά υψηλό, με

δείκτη μάζας σώματος 75, ήτοι υπερπαχύσαρκου με παχυσαρκία διπλάσια σχεδόν κατηγορίας III (ανώτατη κατηγορία, με δείκτη μάζας σώματος από 40) και τριπλάσια του ορίου παχυσαρκίας (δείκτης μάζας σώματος 25 και άνω) ή άνδρα με 180 εκ. ύψος και δείκτη μάζας σώματος 92,6, δηλαδή υπερίδιπλάσιου του ορίου για κατηγορία III παχυσαρκίας, είναι εξαιρετικά σπάνια έως απίθανη, πάντως δεν αφορά, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας, σοβαρό πληθυσμό ασθενών χρηστών του μηχανήματος. Πολλώ δε μάλλον τα ως άνω ισχύουν για το όριο των 400 κιλών που όρισε η αναθέτουσα, που είναι πράγματι πολύ μεγαλύτερο κάθε εύλογου ορίου συνήθους ως και ακραίας χρήσης. Τα ίδια ισχύουν αντιστοίχως και για την ως άνω απαίτηση σημειακού βάρους, ήτοι αντοχής σε σωρευμένο σε συγκεκριμένο σημείο βάρος, το οποίο προφανώς δεν αντιστοιχεί στο ολικό βάρος του ασθενή, αλλά ευλόγως σε μέρος του βάρους του που επιβαρύνει την επιφάνεια της συσκευής, υπό συγκεκριμένες συνθήκες τοποθέτησής του, που επικεντρώνουν μέρος του βάρους αυτού σε ένα σημείο. Προφανώς αυτό συναρτάται με το ολικό βάρος του ασθενή και εφόσον τα 180 κιλά σημειακού φόρτου ορίστηκαν με βάση την υπέρμετρη και δυσανάλογα υψηλή απαίτηση για ολικό βάρος 400 κιλά, προδήλως δυσανάλογη είναι και η οικεία απαίτηση για το συναρτώμενο μετά του ολικού βάρους, σημειακό φόρτο. Συνεπώς, κατ' αποδοχή του δεύτερου λόγου της προσφυγής, ο όρος 4.8 των προδιαγραφών του είδους 3 είναι ακυρωτέος, ως υπέρμετρος περιορισμός του ανταγωνισμού, σε σχέση με κάθε ευλόγως και συνεχόμενο με την αναμενόμενη χρήση της συσκευής, επιδιωκόμενο σκοπό και ως αντικειμενικά αδικαιολόγητος με βάση τη στάθμιση περιορισμού που επιφέρει και του εξ αυτού αναμενόμενου οριακής ή ανύπαρκτης χρησιμότητας, στόχου. Όσον αφορά τον τρίτο λόγο της προδιαγραφής περί της υπό 4.10 προδιαγραφής που ορίζει ότι «4.10 Ή φόρτιση των ανιχνευτών να γίνεται μέσω πυκνωτή ενσωματωμένου στον ανιχνευτή για απεριόριστο αριθμό φορτίσεων χωρίς να περιορίζεται από τον χρόνο ζωής της μπαταρίας. Η φόρτιση να πραγματοποιείται στην ειδική θέση αποθήκευσής – μεταφοράς τους, που θα πρέπει να διαθέτει το φορητό ακτινολογικό συγκρότημα.», η αναθέτουσα δικαιολογεί την επιλογή λύσης με πυκνωτή έναντι μπαταρίας επί τη βάσει διασφάλισης συνεχούς λειτουργίας,

λόγω έλλειψης ανάγκης αντικατάστασης ή αποφόρτισης, όπως συμβαίνει στη μπαταρία, ως και επί τη βάσει κόστους λόγω ανάγκης αλλαγής μπαταριών. Πλην όμως, η αιτιολογία αυτή προκύπτει πως ερείδεται σε εσφαλμένες συναγωγές, αφού, όπως ο προσφεύγων βάσιμα επικαλείται, πρώτον και οι πυκνωτές αποφορτίζονται και μάλιστα, σε αντίθεση με τις μπαταρίες, που δύνανται να αλλαχθούν άμεσα και να συνεχίσει να λειτουργεί η συσκευή, θα πρέπει να αδρανοποιηθεί η συσκευή έως ότου φορτιστούν, ακριβώς επειδή είναι ενσωματωμένοι σε αυτή, μη επιδεχόμενοι αλλαγή. Τούτο ενώ ούτως ή άλλως ο πυκνωτής δεν συνιστά μια αέναη πηγή ενέργειας, αλλά μια ενσωματωμένη διάταξη στη συσκευή που και αυτή κατά τα ανωτέρω πρέπει να φορτίζεται σε σχετικό σταθμό-θέση φόρτισης. Δεύτερον, σε περίπτωση βλάβης του πυκνωτή, χρειάζεται επισκευή το όλο μηχανήμα και αντικατάσταση του πυκνωτή με μεγαλύτερο κόστος χωρίς δυνατότητα τούτο να γίνει επιτοπίως, ενώ στην περίπτωση της μπαταρίας αυτή απλά αλλάζει με μια άλλη επιτόπου και χωρίς ανάγκη ειδικής τεχνικής. Ούτε, παρά τα ανωτέρω και την πρόδηλη συγκριτική ευχέρεια χρήσης συστήματος με μπαταρία, ως και τη δυνατότητα ευχερέστερης διατήρησης σε συνεχή λειτουργία, η αναθέτουσα προβάλλει με στοιχειοθετημένο τρόπο και δη, επί των δικαιολογήσεων που η ίδια επικαλείται, κάποια συγκριτική αντιπαράθεση κόστους κύκλου ζωής με χρήση μπαταρίας ή με χρήση πυκνωτή, παρά οι ισχυρισμοί της είναι αόριστοι και αναπόδεικτοι. Αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων επικαλείται τον σύντομο χρόνο φόρτισης του πυκνωτή, αφού αφενός αντιστοίχως και οι μπαταρίες έχουν χρόνο φόρτισης, αφετέρου τούτο δεν αναιρεί την ανάγκη διακοπής λειτουργίας του μηχανήματος με πυκνωτή, προς τον σκοπό φόρτισης, ενώ ομοίως αλυσιτελώς επικαλείται το κόστος και ανάγκη αντικατάστασης μπαταριών, αφού και οι ενσωματωμένοι πυκνωτές, προδήλως έχουν κάποιο χρόνο ζωής και μάλιστα σε περίπτωση βλάβης ή λήξης ζωής τους, θα πρέπει αντιστοίχως να επιδιορθωθεί όλο το μηχανήμα και σε περίπτωση οριστικής βλάβης και λήξης χρόνου ζωής του πυκνωτή, η επιδιόρθωση θα πρέπει να είναι πιο εκτεταμένη και περαιτέρω δαπανηρή, ενώ σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντα δεν νοείται ηλεκτρικό σύστημα, όπως ο πυκνωτής με αέναο και ατελείωτο χρόνο

ζωής. Επομένως, κατ' αποδοχή του τρίτου λόγου της προσφυγής, η υπό 4.10 προδιαγραφή του είδους 3 είναι ακυρωτέα, καθ' ο μέρος επιβάλλει μονοσήμαντα η συσκευή να περιλαμβάνει ειδικώς ενσωματωμένο πυκνωτή, χωρίς να αποδέχεται και συστήματα με επαναφορτιζόμενες μπαταρίες. Συνεπώς, ακυρωτέοι κατά τα ως άνω τυγχάνουν οι όροι 4.6, 4.8 και 4.10 των προδιαγραφών του είδους 3. Απορριπτές πάντως τυγχάνουν οι ειδικότερες αιτιάσεις και αιτήματα του προσφεύγοντος περί αναπροσδιορισμού των όρων αυτών με συγκεκριμένο περιεχόμενο, καθώς τούτο διαφεύγει της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ, που περιορίζεται στον ακυρωτικό έλεγχο της διακήρυξης και ως εκ τούτου και δεδομένης της καταρχήν ευχέρειας θέσπισης όρων εκ της αναθέτουσας, επί της αιτιολογήσεως και αντικειμενικής δικαιολόγησης αυτών, χωρίς η ΑΕΠΠ να δύναται να συγγράψει εκ νέου ή να επιβάλει συγκεκριμένο περιεχόμενο στους ακυρούμενους όρους, υπεισερχόμενη ούτως στην αρμοδιότητα και διακριτική ευχέρεια των οργάνων της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, πρέπει επομένως, να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή, να απορριφθεί δε η Παρέμβαση. Να ακυρωθούν οι ως άνω μη νόμιμοι όροι, ως και η διακήρυξη όσον αφορά ειδικώς το ως άνω είδος 3 ,αφού εν όψει και των αρχών της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, η διακήρυξη είναι ακυρωτέα στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. Ι-14527, σκέψεις 92- 95), εφόσον δε εν προκειμένω διενεργείται με αυτοτελή τμήματα διακριτών καθ' έκαστο προδιαγραφών και οι ακυρούμενες διατάξεις αφορούν το παραδεκτό προσφοράς επί συγκεκριμένου είδους, το ακυρωτικό αποτέλεσμα εκτείνεται αποκλειστικά στο είδος αυτό.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει τη διακήρυξη 2/2021, ειδικώς όσον αφορά το είδος 3
ΦΟΡΗΤΟ ΗΛΕΚΤΡΟΚΙΝΗΤΟ ΨΗΦΙΑΚΟ ΑΚΤΙΝΟΛΟΓΙΚΟ.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27-7-2021 και εκδόθηκε στις 2-8-
2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ